

الإشهاد على الطلاق

الحكور / محمد اسماعيل عيسوى ابو الزيش

الحمد لله الهادى الى سواء السبيل واشهد ان لا اله الا الله هو
حسبى ونعم الوكيل واشهد ان سيدنا محمدا عبده ورسوله الذى بعثه الله
لتغير للناس السبيل وأيده الله بأعظم المعجزات وخير دليل اللهم صل وسلم
وبارك عليه وعلى آله وصحابه ومن وعد بدعوته الى أن تقوم الساعة
ويتبين الناس أعمالهم وتشهد عليهم جوارحهم ولا يستطيعون رد الدليل .

وبعد

فهذا البحث هو الاشهاد على الطلاق وخطته تبدو فيما يلى .
فنتكلم عن :

- ١ — الصفة العقدية للطلاق .
- ٢ — تعريف الشهادة وشروطها وحاجة الانعقاد اليها .
- ٣ — آراء الفقهاء فى الاشهاد على الطلاق .

اولا : الصفة العقدية للطلاق :

تتوافر للطلاق كافة الأركان والصفات والشروط اللازمة فى كافة العقود
ومن ثم جاز لنا أن نطلق على الطلاق بأنه عقد مشروع ومن هنا كان علينا
أن نحقق الأركان اللازمة للانعقاد فى أى عقد وكيفية تطبيق هذه الأركان على
الطلاق فإذا ما توافرت فيه حق لنا أن نطلق عليه عقداً ، ومن هنا
نقول فى تعريف العقد بأنه قد عرف بعدة تعريفات نذكر بعضها ونقارن بينها ،
وعلى ضوء هذه التعريفات نتعرف على أركان العقد .

عرفه صاحب العناية فقال : هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا
على وجه يظهر أثره فى الحل (١) .

وعرفه الكمال بين الهمام فقال : المراد بالعقد مطلقا سواء كان
نكاحا أو غيره مجموع ايجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر (٢) .

(١) العناية بهامش الفتح القدير ج ٥ ، ص ٧٤ .

(٢) الفتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ ، ص ٢٤١ .

وعرفه الشيخ الدسوقي المالكى بأنه كل ما يشوقف على ايجاب وقبول (٣) .

وعرفه بعض الفقهاء بتعريف أعم من التعاريف السابقة فقالوا : العقد هو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى (٤) .

ويؤخذ من هذه التعاريف السابقة في جملتها عدة أشياء :

أولاً : أن الناظر الى التعاريف الثلاثة الأولى يجد أنها تكاد أن تتفق على أن العقد لا ينعقد الا بوجود عبارتين عن شخصين مختلفين ، وهو ما يعبر عنه بالإيجاب والقبول ، يدل لما نقول عبارة التعريف الأول « تعليق كلام أحد العاقدین بالآخر » وكلمة أحد العاقدین سواء كان موجبا أو قابلا وكذلك كلمة « الآخر » وعبارة الثانى « ايجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر » وعبارة الثالث « كل ما يشوقف على ايجاب وقبول » بخلاف التعريف الرابع فإنه لا يشترط الإيجاب والقبول فيكون أعم من التعاريف السابقة فنقول عبارته « كل تصرف » وكلمة تصرف عامة تشمل التصرف الصادر من عبارتين مختلفتين أو من عبارة واحدة ، ومن ثم فإنه يشمل العقد المنعقد بإرادتين والعقد المنعقد بإرادة منفردة .

ثانياً : يستفاد من هذه التعاريف أنه لا بد من توافر الرضا بين المتعاقدين حيث أنه لا يمكن تلاقى الإيجاب مع القبول إلا به ولا يمكن توافق إرادتين مختلفتين لشخصين متباينين مع وجود إكراه أو غش أو تدليس ، وهذه هي العيوب التي تزيل صفة الرضائية من العقود كما أن الرضا يعتبر ركناً أساسياً في سائر العقود ، وانعدامه باى عيب يؤدي الى بطلان العقد أيا كان نوع هذا البطلان ، سواء كان بطلانا مطلقا أو نسبيا ، وحتى على التعريف الأخير الذى يقول كل تصرف ، فالتصرف لا يكون إلا عن إرادة مختارة ، وهذه لا تتوافر إلا بتوافر الرضا .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ، ص ٥ .

(٤) نظرية العقد للشيخ محمد شعبان ص ٥ .

ثالثا : وبالنظر الى التعريف الاول ينص على أن المحل لا بد من وجوده أثناء الانعقاد لأن أثر العقد لا يظهر الا في المحل ، والمحل ربما كان هو الشيء المعقود عليه وربما اتفق معه التعريف الرابع حيث قال « كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى ، والحكم الشرعى صفة تتحقق بعد الانعقاد في المحل فيأخذ المحل صفة الصحة أو صفة البطلان ولا يكون هذا الحكم متوافرا الا اذا كان المحل قابلا للانعقاد فانه يأخذ صفة الصحة وأما اذا كان غير ذلك أخذ صفة البطلان ، والبطلان والصحة حكمان شرعيان ينتجان عن انعقاد العقد .

رابعا : أن تلاقى الارادتين أو تلاقى الايجاب مع القبول أو انشاء تصرف ينتج أثرا لا يكون الا بدافع يدفع اليه ويحث عليه اذ أن البائع لا يقدم على البيع لسلمة يملكها الا اذا كان يحتاج الى ثمنها أو الى استبدالها بغيرها والمشتري لا يقدم على شراء ما في يد غيره الا اذا كان في حاجة ماسة تدفعه الى الشراء ولا يمكنه الحصول على ما في يد غيره الا بهذه الوسيلة ، ومن ثم كان الدافع الى اجراء هذا التصرف يشترط فيه أن يكون مشروعاً ، ومن مجموع ما تقدم نجد أنه لا بد من توافر الأركان الثلاثة في العقد وهى الرضا ، والمحل ، والسبب ، والمتبع لكلام الفقهاء المتفهم لمعانيها يرى أن للعقد معنيين عندهم ويطلق باطلاقين فنرى من عباراتهم ما يفيد أن العقد هو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعى بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما ، وهذا يتفق كل الاتفاق مع تعريف القانونيين للعقد بأن توافق ارادتين على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه (٥) .

ولذا لا نجد أكثر الفقهاء يطلقون على الطلاق والابراء والاعتاق وغيرها مما يتم بكلام طرف واحد من غير كلام الطرف الثانى اسم العقد ، ويطلق على البيع ، والهبة ، والزواج ، وغيرها بما لا يتم الا بربط كلامين بن طرفين اسم العقد ، وبجوار ذلك نجد من الكتاب فى الفقه من يعممون نيطلقون كلمة العقد على كل تصرف شرعى سواء اكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد الا بكلام طرفين ، ويقولون ان كل ما عقد الشخص العزم عليه ، فهو عقد .

(٥) نظرية العقد للدكتور السنهورى ص ٧٩ ، اصول الالتزامات للدكتور مختار القاضى ص ٣٥ .

وقد بين ذلك أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن (٦)، وهو يرى أن العقد فى أصل اللغة الشد ثم نقل الأيمان والتصرفات الشرعية ، من كل ما يراد به التزام شخص الوفاء بشئ يكون فى المستقبل أو الزامه به ، فيسمى فى نظره البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا ، لأن كل واحد من العاقدين قد ألزم نفسه الوفاء بشئ من جانبه وكذلك تسمى الشركة والمزارعة والمساقاة وغيرها عقودا ، لما فيها من هذا المعنى وكذلك العهد أو الحلف أو التعهد قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه أو بما تعهد به ، بل أن الرازى يعد كل شرط يشترطه الشخص على نفسه عقدا ، لأنه التزم وفاءه فى المستقبل .

وخلاصة القول أن العقد فى نظر الرازى كل ما التزم فيه الشخص الوفاء بأمر فى المستقبل ، سواء أكان ذلك الالتزام بالزام نفسه أم كان باتفاق مع شخص آخر ، وعلى هذا الإطلاق كثيرون من الفقهاء ، ولذلك يتكلمون فى التعليق ، والشروط المترتبة بالعقود على الطلاق والابراء والاعتناق ، على أنها عقود ، مع أنها لا تعتبر عقودا ، إلا على هذا المعنى ، لأنها تنشئ التزاما بأمر فى المستقبل ، وهو عدم الحل فى الطلاق ، وعدم المطالبة فى الابراء وسقوط الملكية فى العتاق ، وبالرغم مما تقدم يترجح لدينا بأن الطلاق يعد عقدا كسائر العقود لاتفاقه معها فى الأركان المقررة ، فان المطلق لا يوقع الطلاق إلا برضاه وعن طيب خاطر منه ، لذا كان طلاق المكره محل خلاف بين الفقهاء .

قال ابن جزى ما نصه : « وأما من أكره على الطلاق بضرب أن سجن أو تخويف ، فإنه لا يلزمه عند الإمامين — مالك والشافعى — وابن حنبل خلافا لأبى حنيفة ، وكذلك أن أكره على الإقرار بالطلاق أو على اليمين أو الحنث فى اليمين به » (٧) .

(٦) أحكام القرآن ج ٢ ص ٢٩٤ سورة المائدة .

(٧) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٥٢ طبعة بيروت .

والاكراه يعتبر عيبا من عيوب الرضا ، وهذا الركن يعتبر أساسا
في سائر العقود ومنها الطلاق ، لأننا نعهده عقدا ، هذا أولا .

ثانيا : فان المحل لا بد أن يكون موجودا اذا المطلقة لا بد وأن تكون
زوجة فلا ينفذ طلاق الأجنبية لأنها ليست في عصمته ولا تنفذ عليها عبارته
لأن الطلاق المقرر وقوعه لا يقع الا على من هي تحت ولايته لأن الطلاق يقضى
على العلاقة الزوجية القائمة ، والمحل يعد هو الركن الثانى فى العقد .

ثالثا : أما الباعث على الطلاق فلا بد وأن يكون مشروعاً اذا لا يوجد
طلاق الا بسبب يدعو اليه ويحث عليه اذا تعذر الوفاق بينهما ، وكذا اذا
ارتكبت احدى الموبقات التى تدعو الى الطلاق ، فانها تعد سببا موجبا
للطلاق لاستحكام الفرقة بينهما وهذه الأركان الثلاثة لا بد من توافرها فى
سائر العقود لا سيما وأنه يترتب على ايقاعه التزامات من نفقة وعدة
وسكنى .

وتعريف العقد كما تقدم هو توافق ارادتين على انشاء التزام أو نقله
أو تعديله أو انهائه ، ووجود الطلاق ووقوعه ناشئ على ارادتين ارادة
المطلق وارادة المطلقة لأنها قد تكون هى السبب الدافع الى ارتفاع الطلاق
يلغى التزام الزوجية القائم بمقتضى عقد النكاح ، ويترتب التزام آخر فى ذمة
النزوح بالنفقة والسكنى طوال العدة ، كما يترتب فى ذمة الزوجة .

بصون فرجها طوال العدة المعتبرة ، وامتناعها عن التزويج أثناء العدة
وبمقتضى تعداد هذه الالتزامات وتشعبها لم تنشأ الا عن كون الطلاق عقدا
ولا تعد أول القائلين بعقدية الطلاق ، بل مؤيديه لمن قالوا بأنه عقد كسائر
العقود ،

قال القرطبى : ان الطلاق يعد عقدا أخذاً من قوله « يا أيها الذين آمنوا
أوفوا بالعقود » (٨) ، فأمر الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود ، قال الحسن :
يعنى بذلك عقود الدين وهى ما عقده المرء على نفسه ، من بيع وشراء اجازة
وكراء مناكحة وطلاق ومزارعة ، ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتبدير

وغير ذلك من الأمور ، وكلام الحسن يوحى بأن كل تصرف يفعله المرء قولا أو فعلا بين الإنسان وأخيه الإنسان أو بين الإنسان وربّه تصرفا بإرادتين متلاقيتين يعد عقدا والعقد واحد العقود المأمور بالوفاء بها فى الآية المتقدمة حتى أنه قال وما عقده على نفسه الله من الطاعات كالحج والصيام والاعتكاف والقيام والنذر وما أشبه ذلك من طاعات أمر الإسلام ، وقال ابن عباس فى قوله تعالى « أوفوا بالعقود » معناها بما أحل وبما حرم وبما فرض وبما حد فى جميع الأشياء ، وكلام ابن عباس يوحى بالعموم المتقدم فى قول الحسن لأن الطلاق يدخل فى الحلال بل ربما خضع لأحكام التكليفية لأنه قد يكون واجبا أو حراما أو مباحا ، ثم أن النبى ﷺ وصفه بأنه حلال .

وقال ابن شهاب قرأت كتاب رسول الله ﷺ الذى كتبه لعمر بن حزم حين بعثه الى نجران وفى صدره ، هذا بيان للناس من الله ورسوله « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فكتب الآيات فيها الى قوله « ان الله سريع الحساب » .

وقال الزجاج : المعنى أوفوا بعقد الله عليكم وبعقد بعضكم على بعض ، وهذا كله راجع الى القول بالعموم وهو الصحيح ، قال ﷺ « المؤمنون عند شروطهم وقال « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط » فبين أن الشرط أو العقد الذى يجب الوفاء به ما وافق كتاب الله أى دين الله فإن ظهر فيها ما يخالف رد كما قال ﷺ « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » (٩) وجريا على العموم المتقدم الذى دل عليه الحديث لاشك نجد أن الطلاق يعد عقدا لأن المرء يعقده على نفسه ويوقعه بحسب مقتضيات الشرعية (١٠) ، وإن كان الجصاص فى عبارته عند تفسير قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » قد فرق بين الطلاق المنجز والطلاق المعلق ، نعمد الثانى عقدا دون الأول فقال العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقده على غيره فعله على وجه الزامه إياه لأن العقد إذا كان فى أصل

(٩) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٧ .

(١٠) أحكام القرآن للقرطبى ج ٣ ص ٢٣٠ . طبعة الشعب .

الملفة الشد ثم نقل إلى الايمان والعقود ، عقود المبيعات ونحوها فانما أريد به الزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه وهذا انما يتناول منه ما كان منتظرا مراعى في المستقبل من الاوقات فيسمى البيع والنكاح والاجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا لأن كل واحد منهما قد الزم نفسه التمام عليه والوفاء به وسمى اليمين على المستقبل عقدا لأن الحالف قد الزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك .

والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضا عقودا لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والعمل لصاحبه والزامه نفسه وكذلك العهد والأمان لأن معطيها قد الزم نفسه الوفاء بها وكذلك كل شرط شرطه انسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد ، وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك وما لا تعلق له بمضى في المستقبل ينتظر وقوعه وانما هو على شيء مامن قد وقع فانه لا يسمى عقدا ، الا ترى ان من طلق امراته فانه يسمى طلاقه عقدا ولو قال لها اذا دخلت الدار فانت طالق كان ذلك عقدا ليمين ، ولو قال والله لقد دخلت الدار أمس لم يكن عقدا لشيء ولو قال لأدخلها غدا كان عقدا ويدخل على ذلك انه لا يرجع إيجابه في الماضي ويصح في المستقبل لو قال على ان أدخل الدار أمس كان لغوا من الكلام مستحيلا ولو قال على ان أدخلها غدا كان إيجابا مفعولا فالعقد ما يلزم به حكم في المستقبل واليمين على المستقبل انما كانت عقدا لأن الحالف قد أكد على نفسه ان يفعل ما حلف عليه بذلك وذلك معدوم في الماضي (١١) .

وكلام الجصاص يشعر بالترقة بين الطلاق المنجز والمعلق ويعتبر أن المطلق عقد لأنه الزام الشخص نفسه بما لم يكن لازما له ، واما المنجز فيعدم فيه هذا الوصف ، ونقول بأن هذه التفرقة لا محل لها لأن الطلاق المنجز الزام الشخص نفسه برفع علاقة الزوجية في الحال ، ولم يكن لازما له قبل ذلك والتفرقة بين المنجز والمعلق يعتبر تحكما لا دليل عليه لأن الموقع في الحال هو بذاته الموقع في المستقبل لا فرق بينهما الا في التنجيز

والتعليق ، وهذا الكلام يعينه قد وافق عليه ابن تيمية حيث قسم العقود الى ثلاثة أقسام :

« احدها » أن الأصل في العقود أنها لا تصلح الا بالصيغة وهي العبارات التي يخصصها بعض الفقهاء باسم الإيجاب والقبول سواء في ذلك البيع والإجارة والهبة والنكاح والعق والوقف وغير ذلك ، وهذا ظاهر قول الشافعى وهو قول في مذهب أحمد يكون ثارة رواية منصوصه في بعض المسائل كالبيع والوقف ويكون ثارة رواية مخرجة كالهبة والإجارة ثم هؤلاء يقيمون الإشارة مقام العبارة عند العجز عنها كما في إشارة الأخرس ويقيمون أيضا الكتابة في مقام العبارة عند الحاجة وقد يستثنون مواضع دلت النصوص على جوازها اذا مست الحاجة اليها كما في الهدى اذا عطب دون محله فانه ينحر ثم يضمن فعله المعلق في عنقه بدمه علامه للناس ومن أخذه ملكه وكذلك الهدية ونحو ذلك لكن الأصل عندهم هو اللفظ لأن الأصل في العقود التراضي المذكور في قوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وقوله « فان طبن لكم عن شيء منه نفسا » والمعانى التي في النفس لا تنضبط الا بالالفاظ التي جعلت لا بآنة ما في القلب اذا الانفعال من المعاطاة ونحوها يحتمل وجودها كثيرا ولأن العقود من جنس الأقوال فهى في المعاملات كالذكر والدعاء في العبادات .

« القسم الثانى » انها تصح بالأنفعال فيما كثر عقده بالأنفعال كالمبيعات بالمعاطاة والوقف في مثل من بنى مسجدا وأذن للناس في الصلاة فيه أو سبل أرضا للدفن أو بنى مطهرة وسبلها للناس وكبعض أنواع الإجارة كمن دفع ثوبه الى غسال أو خياط يعمل بالإجره أو ركب سفينة ملاح وكالهدية ونحو ذلك فان هذه العقود لو لم تنعقد بالأنفعال الدالة عليها لفسدت أمور الناس ولأن الناس من لدن النبى ﷺ وإلى يومنا ما زالوا سيتعاقدون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ بل بالفعل الدال على المقصود وهذا قول الغالب على أصول ابن حنيفة وهو قول في مذهب أحمد ووجه في مذهب الشافعى بخلاف المعاطاة في الأموال الجليلة فانه لا حاجة اليه ولم يحرمه العرف .

« القسم الثالث » أنها تعتقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل فكل ما عداه الناس بيعا وإجارة فهو بيع وإجارة وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأعمال انعتد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأعمال وليس لذلك حد مستمر لا في شرع ولا في لغة بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم — وقد خص على أن الطلاق يقع بالفعل والقول واحتج على أنه يقع بالكتاب يقول النبي ﷺ « أن الله تجاوز لامتى عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل به (١٢) » قال وإذا كتب فقد عمل ، وذهب البغداديون الذين كانوا في ذلك الوقت كابن حامد ومن اتبعهم كالقاضي أبي يعلى ومن سلك سبيله لا تقع الفرقة إلا بالكلام وذكروا من كلام أحمد ما اعتدوه في ذلك بناء على أن الفرقة فسخ النكاح والنكاح يفتقر الى لفظ فكذا فسخه (١٣) .

وبوجب التقسيم المتقدم لكيفية الانعتاد اتضح أن الطلاق ليعد من العقود وإن كان يحتاج الى القول والفعل ، وقد نص السيوطى على أن الطلاق يعتبر عقدا حيث ذكر في القواعد المختلف فيها ما نصه « هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ولا سيما إذا كان اللفظ يحمل معنى قريب وآخر بعيد ، وبوجب هذه القاعدة فرع عليها الفرع التالى « إذا وكل شخص آخر بأن يطلق زوجته طلاقا منجزا وكانت قد دخلت الدار فقال لها ، أن كنت دخلت الدار فأنت طالق فهل يقع الطلاق ؟ فيه وجهان » من حيث المعنى أى التوكيل معلق من حيث اللفظ (١٤) وذكره هذا الفرع تحت هذه القاعدة دليل صريح لا غبار عليه ولا غموض فيه فإنه قد عد الطلاق عقدا ولا سيما وأن التوكيل فيه جائز وأيضا قد عد السيوطى الطلاق عقدا في موضع آخر ذكره تحت قاعدة وقف العقود ، أى متى يجوز وقف العقد بمعنى انتهاء سريانه ، فقال ، قال الرافعى أصل وقف العقود ينفرد في

(١٢) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٥٨ تحت رقم ٢٠٤٠ .

(١٣) الفتاوى الكبرى لابن تيميه ج ٣ ص ٢٦٧ .

(١٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٦٨ .

ثلاث مسائل ، وذكر المسألة الثانية « أنه موقوف أن أجازته المالك أو المشتري له نفذ والابطل ويجريان في سائر التصرفات كتزويج موليته ، وطلاق زوجته وعق عبده وأجارة داره وغير ذلك .

وبعد ذكر هذه النصوص المنقولة عن السيوطي وغيره وذكر الأركان العامة في العقود بصفة عامة وتحققها في الطلاق وترتب الآثار المقررة على وقوع الطلاق من نفقة وعدة وسكنى ، يتضح لنا أنه لا مجال في أنكار صفة الانعقاد في الطلاق الواقع منجزا كان أو معلقا .

ثانيا : بعد أن اثبتنا أن الطلاق عقد تتوافر فيه كافة أركان الانعقاد ومن أركان الانعقاد الإشهاد ومن ثم نتكلم في عجلة سريعة عن معنى الشهادة وشروطها ثم نتكلم عن الإشهاد عن الطلاق بصفة خاصة .

(١) تعريفها لفظه واصطلاحا :

هى فى اللغة الحضور لأن الشاهد لا يشهد الا اذا حضر الواقعة المشهود لها قال تعالى : « وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود » « أى حضور (١٥) وتطلق فى اللغة أيضا على الاخبار لأن الشاهد يخبر بما رآه وعينه ويطلق الاداء على الشهادة مع أن الاداء مترتب على المعايين فكان المعايينة سبب والاداء مسبب فمرتبط كل منهما بالآخر .

وتعرف اصطلاحا بأنها اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان ، والأخبار وان كان يحتل الصدق والكذب الا أنه فى الشهادة يرجع فيه جانب الصدق على جانب الكذب ومؤيد هذا أن الأخبار لا يكون الا عن مشاهدة أى حضور ومعاينة والأخبار فى الشهادة يكون بأثبات حق للغير على الغير (١٦) .

(*) وتكون أركان الطلاق المطلق المطلقة النية صيغة الطلاق الإشهاد .

(١٥) سورة البروج آية رقم ٣ .

(١٦) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٦ ص ٢٦٦ .

(ب) شروط الشهادة :

لما كانت الشهادة ركنا في الاعتقاد كان لابد من توافر شروط في الشاهد وهي كما يلي وتتنوع الى نوعين :

شروط التحمل ، وشروط الأداء . أما شروط التحمل فهي ما يلي :

أولا : العقل : يشترط في الشاهد عند تحمله للشهادة أن يكون عاقلا وقت التحمل فلا يصح التحمل من غير العاقل لأن البيان لا يحصل الا باعتبار عقل المتكلم والشهادة بينة ، ويعرف عقل المرء باخباره فيما يأتي ويذر وحسن نظره في عاقبة أمره والمطلق في الشيء ينصرف الى العقل الكامل ومن ثم فلا يصح التحمل من غير العاقل كالمجنون والصبي الذي لا يعقل أن يتحمل الشهادة عبارته عن فهم الحادثة وضبطها ، ولا يحصل ذلك الا بآلة الفهم والضبط وهي العقل .

ثانيا : يشترط في الشاهد أن يكون بصيرا للتحقق رؤيته بما يشهد به ولذلك فلا تصح شهادة الأعمى عند تحمله للشهادة لأن رؤيته غير محققة لما يشهد عليه وليس كل الشهادات مبناه على السماع لا سيما أن كان المشهود به شيء يوجب الحد أو القصاص وأن كان البعض يرى صحة شهادة الأعمى لأن البصر عند التحمل بحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسماع .

ثالثا : البلوغ ، فلا تصح شهادة الصبي لأن الشهادة ولاية والصبي يحتاج الى من يلي أموره .

رابعا : الضبط ، وهو الانفاق بمعنى أن يستطيع الشاهد أن يعبر عن ما رآه تعبيرا دقيقا لا ليس فيه ولا غموض .

خامسا : العدالة ، فلا بد في الشاهد أن يكون عدلا والعدالة لها معايير متعددة من أشهرها ما ذكره المحدثون بأنها هي اجتناب الكبر والعجز والاصرار على الصفات وأن في الشهادة بصفة خاصة هي الاستقلالية وليس لكمالها نهاية ومن ثم فلا تصح شهادة الفاسق وهذا منصوص على رد

شهادته « لقوله تعالى » بشأن القنفة (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون) (١٧) .

ساسا الحرية : يشترط في الشاهد أن يكون حرا يستطيع التعبير عن ارادته ولا يخضع غسره والعبد يمكن أن يؤثر عليه سيده ولا يستطيع الانتقال لأداء الشهادة لاشتغاله بخدمة سيده .

سابعا الاسلام : يشترط في الشاهد أن يكون مسلما لأن الشهادة ولاية وولاية المسلم على المسلم لا مانع منها ومن ثم فلا تصح شهادة الكافر لأنه لا ولاية له على المسلم لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (١٨) .

ثامنا : العدد ، يشترط في الشهود أن يكونوا اثنين على الأقل فلا تصح شهادة الواحد لقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) (١٩) .

(ج) الأشهاد :

تقدم أن الطلاق عقد كسائر العقود تترتب عليه آثار كغيره من العقود الأخرى ، ومن ثم كان لابد من توافر الأركان التي لابد من توافرها في العقود الأخرى .

والناظر في سائر المعاملات ، وأولها عقد البيع حيث أنه يعتبر أساسا لسائر العقود الأخرى ، ومن ثم كانت الشهادة ركنا فيه بالنفى القرائى ، حيث قال الله عز وجل « وأشهدوا إذا تباعتم » (٢٠) .

والأشهاد : هو أن يحض المطلق عند ايقاع الطلاق شهودا يسمعون الالفاظ التي تصدر منه ، ويحلونها هل هى صريحة فى الطلاق أو كناية

(١٧) سورة النور .

(١٨) سورة النساء .

(١٩) سورة البقرة .

(٢٠) سورة النساء .

فيه ويرون ما اذا كان للطلاق منجزا او معلقا ، اوتعه بطريق السنة او البدعة ، طلق واحدة او اكثر ، ويشترط في شهود الطلاق ما يشترط في سائر الشهود من الاسلام ، والحرية ، والبلوغ ، والعقل ، والعدالة لانهم يشهدون على انفصام عقد وازالة آثار عقدة النكاح وترتب آثار الطلاق بناءا على شهادتهما فلو كان أحد هذه الشروط المتقدمة مختلا في أحد الشهود فانه لا تقبل شهادته ومن ثم فانه لا تقبل شهادة الكافر لأن الشهاده يترتب عليها آثار قد تكون نافعة او قد تكون ضارة ففيها سبل على المؤمنين لقوله تعالى [ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا] (٢١) ولا تقبل شهادة العبد عن جمهور الفقهاء خالف في ذلك أهل الظاهر وأجازوا شهادة العبد وان كنا يؤيدهم في قبولها لأنه ليس هناك ما يمنع قبول شهادته لدخوله في عموم قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) (٢٢) ولا تقبل شهادة الصبى لكونه لا يستطيع أن يفعل شيئا لنفسه بل هو محتاج الى من يقوم بشئونه ومن ثم ففاقد الشيء لا يعطيه .

ويشترط توافر الفعل اذ هو مدار التكليف وبفقدته ينعدم التكليف بالأمور الشرعية ، ومن ثم فلا تقبل شهادة المجنون والمعتوه والسفيه ، وغير ذلك وأما العدالة ، لأن الله طلبها في الشهود وحث على توافرها ، وأمر بتحققها حيث قال « وأشهدوا ذوى عدل منكم » فلا بد أن يكون الشاهد متجنباً للكبائر غير مصر على الصفائر تتوافر فيه المروءة ، يعطى كل ذى حق حقه ، فتوافر هذه الشروط مجتمعة مطلوب واخلاق شئ منها يؤدي الى رد الشهادة .

وأما كون الشهادة ركنا في الطلاق لابد من توافره لم يكن ذلك محل اتفاق وانما كان ذلك موضع أخذ ورد ومجادلة بين الفقهاء فستذكر الخلاف في ذلك بعد ذلك نبدي رأينا متوخين الحق قاصدين الوصول الى الصواب .

(٢١) سورة البقرة .

(٢٢) سورة .

وسبب اختلاف العلماء في هذا ورود الآية الكريمة في سورة الطلاق بحث على اقامة الشهود ، عقب ذكر الفراق أو الرجعة ، حيث قال تعالى « فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » (٢٣) وقع الخلاف في ذلك على قولين :

(القول الأول) لجمهور العلماء فقد قالوا انه لا تجب الشهادة على الطلاق وليست ركنا فيه ، واستدلوا على ذلك بأن قوله تعالى « وأشهدوا ذوي عدل منكم » راجع الى الرجعة ولا تعود الى الفراق ، حتى ان رجوعه الى الرجعة ليس على سبيل الوجوب ، بل يكون على النذب وهو قول الشافعى ، حتى لو راجع ولم يشهد صحت رجعته ويجوز له أن يشهد بعدها بمدة ، والاشهاد على الرجعة يكون من باب الاحتياط ، الا ترى انه ذكر الطلاق مع الرجعة ولا شك أحدا في وقوع الطلاق بغير بينه ، وقد روى شعبة عن مطر الوراق عن عطاء والحكم قالا : اذا غشيها في العدة فغشيها رجعة (٢٤) .

(القول الثانى) يقول بوجوب الاشهاد على الطلاق ، بمعنى أنه لو وقع بدونه لا يصح وهو مروي عن أئمة الشيعة (٢٥) ، وعمران بن الحصين وعطاء (٢٦) .

وقد استدلوا على ذلك : بالكتاب والآثار :

أما الكتاب فقول الله تعالى « فاذا يلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » وجه الدلالة أن الآية لها سباق وسياق ، أما السياق فقد سيئت الآية المذكورة

(٢٣) سورة الطلاق .

(٢٤) أحكام القرآن للجصاص ج ٥ ص ٣٥١ .

(٢٥) كنز العرفان ج ٢ ص ٢٥٣ .

(٢٦) تفسير ابن كثير ج ٨ ص ١٨٧ ط . الشعب .

بأن الطلاق لا يكون الا للعدة التى أمر الله ان يطلق لها النساء ولا بد من اعتبار الحدود التى وضعها الله ومن يتعداها يعتبر ظالما لنفسه ،
وأما سياقها فانها ذكرت فى سياق الرجعة أو الفراق ثم بعد ذلك الاشهاد مباشرة وجعل اقامة الشهادة لله لا لغيره ، فدل ذلك لكون الكلام فى الطلاق
فيكون ذلك قرينة دالة على رجوعه اليه .

لا يقال : انه راجع الى الامساك المراد به المراجعة ، لانه اقرب
من الطلاق لاننا نقول : الاقربىة كانت مرجحه لكان عودة الى الفراق لكونه
اقرب واولى .

ان قلت ، ان الفراق هنا ترك الرجعة ، وترك الشئ لا يحتاج الى
الاشهاد لكونه أصلا بعد وقوع الطلاق فلماذا الوجه لا يرجع الى الفراق .

قلت ، ان ما ذكرتم من اعتبار القرينة هو عين مرادنا ، اذ هو خروج
من دعوى كون القرب مرجحا ورجوع الى القرينة ، واذا كان الاعتبار
بالقرينة فهي حاصلة فى الطلاق لاحتياجه الى الشهادة غاية الاحتياج ، لجواز
وقوع النزاع فى وقوعه وعدمه ، فيحتاج الى طريق فى اثباته لو ادعى
وقوعه ، وذلك بالاشهاد اذا ليس غيره الا اعتراف الزوجة ، فيجوز عدمه
أو يمينها فيجوز أيضا عدم علمها ، وأورد اليمين على الزوج فيجوز موته ،
ويكون النزاع مع ورثته .

ولا يستبعد رجوعه الى الطلاق وان كان بعيدا مع وجود القرينة
وعدم الفصل بكلام أجنبى ، فان القصة واحدة ، ونظيره فى الكلام ان يقول
الرجل لو كيله « اشتر من فلان سلعة كذا » « وبع على فلان سلعة كذا »
واقبض الثمن وسلمه الى البائع ، وأهد السلعة الى فلان ، وأشهد عليه
ذوى عدل « فى أن الاشهاد يعود الى ما يحتاج الى الاشهاد ، هذا مع أنه
يمكن عود الأمر بالاشهاد اليهما معا .

ان قلت عوده اليهما يستلزم تساوى الطلاق والرجعة فى وجوب
الاشهاد واستحبابه ، وانتم لا تقولون به ، بل بالوجوب فى الطلاق والاستحباب
فى الرجعة قلنا — فحينئذ يكون من المجملات التى بينها العترة الطاهرة

بتفصيل احكامها بأن يكون المطلق الرجحان ، فمع قيد عدم جواز الشرك يكون في الطلاق ومع قيد جوازه يكون في الرجعة ، ثم انه تعالى امر باقامة الشهادة لله لا لرعيته أو لرهبته ، وأخبر بأن ذلك المنتفع بالامر هو المؤمن بالله واليوم الآخر (٢٧) .

اما الآثار : —

فيما روى في سنن أبي داود وابن ماجه عن بشر بن هلال الصواف :
« ثنا جعفر بن سليمان الضبعي ، عن يزيد الرشك ، عن يزيد الرشك ، عن مطرف بن عبد الله بن الشخير أن عمران بن الحصين سئل عن رجل طلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها : فقال عمران طلقت بغير السنة ، ورجعت بغير سنة ، أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد (٢٨) .

وقال ابن جريح كان عطاء يقول « وأشهدوا ذوى عدل منكم » قال : لا يجوز في نكاح ولا طلاق ولا رجاء الا شاهدا عدل ، كما قال الله تعالى « الا أن يكون عذر (٢٩) » والراجح لدينا أن الاشهاد يعد ركنا في الطلاق لا بد من توافره ما دام لا يوجد عذر يمنع من اقامة الشهادة فان كان هناك عذر أشهد على وقوعه متى تمكن من ذلك وزال عذره وذلك لعدة اسباب :

الأول : ان قوله تعالى « وأشهدوا ذوى عدل منكم » جاء ذكره عقب الطلاق او الرجعه وكان ذكره بصيغة الأمر والأمر يقتضى الوجوب وهو حقيقة فيه ولا يصرف عنه الا بقرينة ولا قرينة صارقة .

الثاني : ان اقامة الشهادة لا تكون لرغبة او رهبة وانما اقامتها لله رب العالمين .

(٢٧) كنز العرفان ج ٢ ص ٢٥٤ تعليق محمد باقر شريف زاده مد ظله .

(٢٨) سنن أبي داود ، كتاب الطلاق باب الرجعه ج ١ ص ٦٥٢

الحديث رقم ٢٠٢٥ .

(٢٩) تفسير ابن كثير ج ٨ ص ١٧١ ط الشعب ، احكام القرآن

الخصاص ج ٥ ص ٣٥١ .

الثالث : ان الطلاق كسائر العقود الأخرى التى لابد فيها من الأشهاد بل هو أولى من غيره بالأشهاد ، لعلها فيه نصا ، وليس بعد النص من دليل .

الرابع : ان الطلاق كالنكاح لأن النكاح انشاء لعقد الزوجية والطلاق انهاء هذا العقد ويكاد أن يجمع الفقهاء على وجوب الشهادة فى النكاح وجعلها ركنا فيه لقوله ﷺ « لانكاح الا بولى وشاهدى عدل » وهذا حديث آحاد ، ومع ذلك لم يختلفوا فى وجوب الشهادة فى النكاح فكيف بالطلاق الذى دل القرآن على وجوب الأشهاد فيه تصريحاً لا تلميحاً وايضا تطلب الشهادة على النكاح لأن فيه احتياطا لاستباحة منافع البضع وذلك لتوفر اليقين المثبت للعقد وازالة هذا العقد لا تتحقق الا باليقين والأشهاد يدل على الفسخ المتيقن فان قبل ان النكاح تترتب عليه آثار مالية وهو ثبوت الصداق وثبوت النسب والتوارث لذلك كانت الشهادة واجبة فيه تقول ان الطلاق أيضا تترتب عليه آثار مالية أيضا وهو ثبوت النفعة والعدة وأستبراء الرحم وانقطاع النسب وزوال التوارث لذا تجب فيه الشهادة كالنكاح سواء بسواء وبعد هذا كله نجد أن الفقهاء الذين لم يقولوا بوجوب الأشهاد فى الطلاق تجدهم يقولون بوجوب الأشهاد على كتاب الطلاق وهو ما لو كتب بالطلاق لزوجته فى بلد آخر فانه لا يقبل طلاقه الا بوجود شاهدين على الكتاب .

وقد جاء فى المغنى لابن قدامة ما نصه ولا يثبت الكتاب بالطلاق الا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه (٣٠) .

قال أحمد فى رواية حرب فى امرأة اتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق لا تتزوج حتى يشهد عندها شهود عدول قيل له فان شهد حامل الكتاب قال لا الا شاهدان فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت الا بشاهدين لكتاب القاضى وظاهر كلام أحمد أن الكتاب يثبت عندهما بشهادتهما بين يديهما وان لم يشهدا به

عند الحاكم لأن اثره في حقها في العدة وجواز التزويج بعد انتضاءها وهذا معنى النص به لا يثبت به حق على الغير فاكفى منه بسماعها الشهادة وجاء في الفتح القدير (٣١) ما نصه في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه لو شهد بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لأن البينة تكذبهما .

ومن هذه النصوص المتقدمة تعلم كما تقرر عند الحنابلة أنه لا يقبل الطلاق بطريق الكتابة إلا إذا شهد عليه شاهدان فانعدام الشهادة يؤدي الى انعدام القبول ومن ثم يقع ومضمون كلام محمد أنه اعتبر بقول البينة وان خالف قول الزوجين في الطلاق وقال بأن الطلاق يقع لتكذيب البينة للزوجين وما هذا إلا تأييد واستئناس بنصوصهم على تأييد ما نقول بوجوب الاشهاد على الطلاق والله أعلم .